Die Einwendungen aus dem Recht zum Besitz nach § 986 B.G.B.

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät an der Schlesischen Friedrich Wilhelms-Universität vorgelegt von

Hans Weidel

Referendar.

1931.

Spezialdruckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen K.-G., Ohlau i. Schl.

Breslau.

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staats-
wissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter: Professor Dr. Schott.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Gliederung.

Seite

A. Entwicklung der Einwendung aus dem Rechte zum Besitz vom römischen Recht bis zum BGB. 1

B. Die Einwendungen aus § 986 BGB. . . . . Vorbemerkung: § 986 gibt eine Einwendung im engeren Sinne, nicht eine Einrede. 4

I. Die Einwendung für den Fall, daß der Besitzer selbst dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist. 7

1. Das Recht zum Besitz als erste Voraussetzung für die Einwendung: 8

a) Dingliche und persönliche Rechte als Grundlage für das Recht zum Besitz. 8

b) Ist die Art der Erlangung des Besitzes für das Entstehen des Rechts zum Besitz gleichgültig? . . . . . Hat der Berechtigte den Besitz ohne oder gegen den Willen des Eigentümers erlangt, so entsteht das Recht zum Besitz im Zeitpunkte des Erlöschens der Besitzschutzansprüche infolge stillschweigender Genehmigung des Eigentümers. 10

2. Voraussetzung ist das Bestehen des Besitzrechts gegenüber dem Eigentümer. 14

3. Voraussetzung ist ein Besitzrecht des Beklagten selbst gegenüber dem Eigentümer. 14

II. Dem Besitzer steht die Einwendung auch dann zu, wenn der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitze ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist. 15

1. Die gesetzlichen Voraussetzungen dieser Einwendung. . . . 15

2. Der Gesetzeswortlaut ist erweiternd auszulegen: . . . .

a) Der beklagte Besitzer braucht nur Besitzmittler desjenigen zu sein, der dem Kläger gegenüber zum Besitz berechtigt ist. . . 16

b) Der Zwischenmann braucht nicht mittelbarer Besitzer zu sein. 17

c) § 986 Absatz 1 Satz 2 ist ebenfalls erweiternd auszulegen. . . 18

III. Der Besitzer kann dem neuen Eigentümer gegenüber die Einwendung des Rechts zum Besitze entgegensetzen, wenn die Veräußerung nach § 931 BGB. stattgefunden hat. 20

1. Die Anwendungsfälle nach dem Wortlaut des Gesetzes. . . . 21

2. Analoge Anwendung des § 986 Absatz 2 auf andersartige Veräußerungen: 22

a) bei Uebergabe kurzer Hand, ... 22

b) beim constitutum possessorium. 24

C. Die Einwendung des Rechts zum Besitze im Konkurse des verpflichteten Eigentümers. 25

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543104_0105

Verzeichnis der benutzten Schriften.

Achilles-Greiff: BGB. 13. Aufl. 1930.
Bär: Zur Besitzlehre in Jher. Jahrb. Band 26, S. 224 ff.
Baron: Pandekten, 9. Aufl. 1896.
Becker: Der Besitz beweglicher Sachen in Jher. Jahrb., Bd. 34, S. 1 ff.
Biermann: Komm. zum BGB. III. Bd. 1914.
von Buchka: Vergleichende Darstellung des BGB. und des gemeinen Rechts 1887.
Cosack: Lehrb. des Bürgerlichen Rechts, I. Bd. 1928.
Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. III 1905.
Dernburg: Das Bürgerliche Recht, III. Bd. 1908.
— Pandekten, 7. Aufl. 1902.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch III. Bd. 1913.
Endemann: Lehrb. des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., I. Bd. 1903, II. Bd. 1905.
Enneccerus, Kipp u. Wolff: Lehrb. des Bürgerlichen Rechts, I. Bd. 1. Abt. 1926. I. Bd. 2. Abt. 1927.
Fischer-Henle: BGB. 12. Aufl. 1923.
Giercke: Deutsches Privatrecht, II. Bd. 1905.
— Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für das streitige Recht nach dem BGB. 1897.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch II. Bd. 1912.
Hellwig: Anspruch und Klagerecht.
Hölder: Ueber Anspruch und Einreden in Arch.Ziv.Pr., Bd. 93, S. 74 ff.
Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung 1913 bezw. 1929.
Kohler: Vertrag und Uebergabe im Arch. Bürg. Recht, Bd. 18, S. 94 ff.
Kreß: Besitz und Recht 1909.
Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum BGB. 1904.
Leonhard: Inwieweit ist die exeptio rei venditae et traditae ein für das heutige gemeine Recht lebensfähiges Institut? In Iher. Jahrb., Bd. 17, S. 183 ff.
Lindemann-Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch, II. Bd. Sachenrecht 1926.
Mentzel: Komm. zur Konkursordnung 1926.

Motive: Zu dem Entwurfe eines BGB. Amtl. Ausgabe 1888.
Oertmann: Komm. zum BGB. III. Buch Sachenrecht.
Planck: Komm. zum BGB. III. Sachenrecht 1920.
Protokolle: zum BGB. Berlin 1897.
Raape: Gebrauch- und Besitzüberlassung in Jher. Jahrb., Bd. 71, S. 97 ff.
Rappaport: Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis 1904.
Kommentar der Reichsgerichtsräte, III. Bd., Sachenrecht 1928.
Rosenberg: Komm. zum Sachenrecht 1919.
Sarfert: Die Einreden aus § 986 BGB. Diss.
Scherk: Die Einrede aus dem Recht zum Besitz gegenüber dem Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sache in Jher. Jahrb. Bd. 67, S. 301 ff. Diss.
Schlemmer: Der Herausgabeanspruch des Eigentümers Diss. 1914.
Siber: Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio als Beitrag zu der Lehre von der Klagekonkurrenz 1907.
— Rechtszwang im Schuldverhältnis 1903.
Stammler: Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten. Sonderdruck aus der Halle'schen Festgabe für Dernburg 1900.
Staub: Kommentar zum HGB. II. Bd., 11. Aufl. 1921.
Staudinger-Kober: Kommentar zum BGB. III. Bd. Sachenrecht 1929.
von Tuhr: Lehrb. des Bürgerlichen Rechts, I. Bd. 1910.
Vangerow: Lehrb. der Pandekten, Band I, 1876.
Warneyer: Kommentar zum BGB. II. Bd. 1930.
Wendt: Der mittelbare Besitz des BGB. im Arch. für Ziv.Pr., Bd. 87, S. 68 ff.
Windscheid-Kipp: Lehrb. des Pandektenrechts 1906.
Wolff: Sachenrecht 1929.
— Das Recht zum Besitz. Sonderabdruck aus der Festgabe für Koch 1903.
Ziebarth: Die Realexekution und die Obligation 1866.
Zielinski: Die Besitzrechtseinreden des § 986 BGB. gegen den Eigentumsanspruch. Diss. Marburg.
Zitelmann: Ausschluß der Widerrechtlichkeit in Arch. für Ziv.Pr., Bd. 99, S. 47 ff.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zit. R.G.)
Entscheidungen der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan und Falkmann (zit. OLG.)

A.

Das Eigentum ist das umfassendste dingliche Recht. Einwendungen gegen den Eigentumsanspruch waren von jeher nur in äußerst beschränktem Maße zulässig.

Im römischen Rechte war der Besitzer gegen die rei vindicatio — den heutigen Herausgabeanspruch des Eigentümers — nur geschützt, wenn ihm ein dingliches Recht an der Sache zustand, sowie in dem Falle der exceptio rei venditae et traditae. Die heutige Bestimmung des § 986 BGB. hat ihre Wurzel in dieser exceptio rei venditae et traditae. Sie ist besonders behandelt in dem Digesten Titel 21,3: „de exceptione rei venditae et traditae". Sie tritt aber auch in der Form der exceptio doli generalis in Erscheinung.[1]

Die exceptio rei venditae et traditae steht nicht nur dem Käufer zu, sondern auch den Rechtsnachfolgern des Käufers — Universal- wie Singularsukzessoren[2] und auch Erwerbern auf Grund anderer Titel z. B. der Schenkung[3]. Sie setzt voraus, daß der Kläger dem Rechte nach Eigentümer ist, und bewirkt, daß er mit seinem Herausgabeanspruch aus Billigkeitsrücksichten nicht durchdringen kann, weil er selbst ein ihn bindendes, Eigentum zwar nicht übertragendes, aber doch auf Eigentumsübertragung gerichtetes Rechtsgeschäft mit dem Beklagten abgeschlossen hat, oder weil er eine solche, von einem anderen geschehene Veräußerung anerkennen muß[4].

Wurde nämlich eine res mancipi veräußerungsweise (z. B. auf Grund eines Kaufes) nur tradiert, so erhielt der Erwerber nach quiritischem Recht kein Eigentum, da es an der für res mancipi erforderten mancipatio oder in iure cessio fehlte. In diesem Falle bliebt der Veräußerer (Tradent) Eigentümer der Sache und konnte als solcher die ihm ex iure Quiritium gehörige Sache vindicieren. Hier schützte der Prätor den Erwerber (sog. „bonitarischen Eigentümer") gegenüber der rei vindicatio des Veräußerers durch die exceptio rei venditae et traditae.

1) Kuhlenbeck, II. Teil, S. 559.
2) Leonhard in Jher. Jahrb. Bd. XVII, S. 183 ff.
3) Dernburg Pand. Bd. I, § 216, Anm. 2.
4) Vangerow Pand. § 334.

Diese kam ferner in folgenden Fällen vor[5]:

a) wenn der Kläger zu einer Zeit, wo er noch nicht Eigentümer war, die Sache verkauft und übergeben, später aber das Eigentum erworben hatte,

b) wenn der klagende Eigentümer den beerbt hatte, der die Sache als Nichteigentümer verkauft und übergeben hatte;

c) wenn der Kläger die Sache unter einer aufschiebenden Bedingung verkauft und übergeben hatte und die Bedingung noch schwebte;

d) wenn der Kläger als Pfandgläubiger oder im Auftrage eines anderen unwissend seine eigene Sache verkauft und übergeben hatte;

e) Wenn der Käufer nicht durch formelle Tradition, aber mit Willen des Verkäufers in den Besitz der Kaufsache gelangt war.

In allen diesen Fällen geht die exc. rei v. et tr. nicht nur auf die Universal-, sondern auch auf die Singularsukzessoren aktiv und passiv über. Abgesehen von den Fällen der exc. rei v. et tr. gewährt das römische Recht dem Beklagten eine Einrede gegenüber dem Herausgabeanspruch nur auf Grund eines ihm zustehenden dinglichen Rechts[6].

Das gemeine Recht hat den Kreis der Einreden bald erweitert. Der Besitzer konnte gegen die Eigentumsklage einwenden, der Eigentümer verstoße gegen die ihm dem Beklagten gegenüber obliegende schuldrechtliche Verpflichtung dadurch, daß er die Herausgabe der Sache mit der rei vindicatio verlange[7]. Besonders dem Mieter und Pächter wurde gestattet, dem vindizierenden Vermieter oder Verpächter gegenüber sich auf sein durch schuldrechtlichen Vertrag begründetes Recht zu berufen. Diese Auffassung war jedoch nicht allgemein anerkannt. Es wurde bestritten, daß ein dingliches Recht einem obligatorischen Rechte weichen könnte. Darum sollte die exceptio rei locatae oder commodatae niemals zu einer Abweisung der rei vindicatio führen können. Der Beklagte sollte vielmehr zur Herausgabe verurteilt werden und seinerseits nur auf einen Schadensersatzanspruch in Geld gegen den Kläger beschränkt sein[8].

5) Zusammengestellt bei Baron Pand. § 153, S. 282; Dernburg Pand. § 216, S. 500 ff.

6) v. Buchka, Bemerk. zu § 986, S. 197.

7) Josef in Rhein. Zeitschrift, 7. Jahrg.,

8) Ziebarth, Realexekution, S. 47.

In den neueren Gesetzgebungen ist die Zulässigkeit von Einreden, die auf obligatorischen Rechten beruhen, gegenüber dem dinglichen Anspruche ausdrücklich anerkannt worden. So lautet der § 319 des Sächsischen BGB.: „Der Beklagte kann sich bei der Eigentumsklage gegen die Herausgabe der Sache durch eine Einrede schützen, wenn er vermöge eines ihm an der Sache zustehenden Rechts oder vermöge einer gegen den Eigentümer gehenden Forderung auf die Inhabung der Sache berechtigt ist." Aehnliche Bestimmungen enthalten das ALR. I,7 § 169; I,15 §§ 34 bis 41, und das Badische Landrecht Satz 1640. Nur das Preuß. Gesetz über den Eigentumserwerb vom 5. Mai 1872 hat die Zulässigkeit obligatorischer Einreden bei Grundstücken eingeschränkt durch die Bestimmung im § 7: „Hat der Beklagte von dem Kläger oder seinem Rechtsvorgänger auf Grund eines den Eigentumserwerb bezweckenden Rechtsgeschäftes den Besitz des Grundstücks erhalten, so sind die aus dem Rechtsgeschäft herzuleitenden Rechte nicht als Einrede, sondern nur durch Klage oder Widerklage geltend zu machen". Man wollte dadurch verhindern, daß das dauernde Besitzrecht und das Bucheigentum auseinanderfallen könnten und sich das durch eine obligatorische Einrede gesicherte Besitzrecht zu einer Art von Eigentum entwickeln könnte[9]. Jedoch ist auch hier der Grundsatz gewahrt, daß auch durch ein Besitzrecht auf obligatorischer Grundlage der Herausgabeanspruch des Eigentümers zunichte gemacht werden kann, wenn auch erst in einem besonderen Prozeßverfahren.

Unser heutiges BGB. hat sich im § 986 auf den Standpunkt gestellt, daß ein auf dinglicher wie auf obligatorischer Grundlage ruhendes Besitzrecht eine begründete Einwendung gegenüber dem Herausgabeanspruch des Eigentümers gewährt. Es teilt auch nicht die Bedenken im § 7 des Pr. Eigentumserwerbsgesetzes[10].

Die exc. rei v. et tr. hat sich für das heutige bürgerliche Recht erübrigt; denn einmal gibt es heute keinen Zwiespalt mehr in Bezug auf den Eigentumsbegriff, wie ihn das römische Recht kannte, dann ist der Eigentumserwerb vom Nichteigentümer durch die Vorschriften der §§ 932 ff. wesentlich erleichtert und ferner besteht die Möglichkeit einer Konvaleszenz gemäß § 185 BGB. In allen diesen Fällen ist der Beklagte auf die

9) vergl. hierzu die Motive, Bd. III, S. 421 ff.
10) Motive, Band III, S. 421 ff.

Ausnutzung seines Besitzrechts als Einwendung nicht angewiesen, er hat vielmehr selbst Eigentum erworben. Nur in zwei Fällen könnte man im heutigen Recht an die exc. rei v. et tr. denken: einmal bei beweglichen Sachen, wenn der Eigentümer eine Sache unter einer aufschiebenden Bedingung verkauft und übergeben hat, ferner bei Grundstücken, wenn ein Grundstück verkauft und übergeben, aber noch nicht aufgelassen ist. Der Einwand des Rechts zum Besitze wirkt aber in den angeführten Fällen niemals wie im römischen Recht gegenüber den Sondernachfolgern. Eine wirkliche exc. rei v. et tr. im Sinne des römischen Rechts gibt es im heutigen Recht nicht mehr. Sie ist in dem weiterreichenden Prinzip des § 986 BGB. aufgegangen[11].

B.

Gemäß § 903 BGB. kann der Eigentümer einer Sache, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen. Wird das Eigentum dadurch beeinträchtigt, daß ein anderer die Sache im Besitz hat, so hat der Eigentümer dem Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB.; wird das Eigentum in sonstiger Weise beeinträchtigt, so geht der Anspruch gemäß § 1004 auf Beseitigung der Beeinträchtigung und gegebenenfalls auf Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen.

Gegenüber dem Herausgabeanspruch des Eigentümers stehen dem Besitzer die im § 986 bezeichneten Einwendungen aus einem Recht zum Besitz zu, und zwar enthält der Absatz 1 eine allgemeine Vorschrift über die Einwendung aus einem gegenüber dem Eigentümer selbst wirksamen Rechte zum Besitz, der Abs. 2 eine besondere Vorschrift für den Fall, daß der Eigentümer einer beweglichen Sache das Eigentum durch Abtretung des Herausgabeanspruches erworben hat.

Die Frage, ob der § 986 eine Einrede oder eine Einwendung im engeren Sinne gewährt, ist stark umstritten. Die herrschende Meinung[12] sieht im § 986 eine Einrede. Sie stützt sich auf die Fassung dieses §: „Der Besitzer kann . . . verweigern . .“ Dieser Wortlaut des Gesetzes spricht stark für ihre Auffas-

11) Crome, S. 415.

12) So Kommentar der RGR. §§ 986, Anmerk. 1; Staudinger § 986, Anm. 1; Planck § 985 Vorbem. 2; Enneccerus § 207, Anm. 5; v. Tuhr § 17 V 1, Anm. 41; Dernburg BGR. III § 118, 9; Endemann Lehrb. II § 93 I; Zitelmann in Arch.Ziv. Pr. 99, 32.

sung. Die Gegenmeinung, so vor allem Scherk in Jher. Jahrb. Bd. 67 S. 301 ff.; Wolff Sachenrecht § 84 Anm. 14; Raape in Iher. Jahrb. Bd. 71 S. 166 ff.; Crome System § 36,2; Rehbein BGB. I 308; Siber Rechtszwang S. 133 ff.; Passivlegitimation S. 227 ff.; Friedenthal Einwendung S. 42 ff.; Hölder in Arch. Ziv. Pr. Bd. 93 S. 77 ff. sieht im § 986 eine Einwendung im engeren Sinne. Vor allem Scherk hat klargelegt, daß die Gestaltung des Rechts zum Besitze als eine Einrede gegen die Vindikation eine Unbilligkeit in der Rechtsanwendung und Unstimmigkeiten innerhalb des Gesetzes nach sich zieht[14].

Eine Einrede ist ein selbständiges Gegenrecht und wird im Prozeß nur berücksichtigt, wenn der Berechtigte es vor Gericht geltend macht[15]. Gewährte der § 986 nur eine Einrede, so würde ein Eigentümer, der auf Herausgabe einer Sache klagt, gegen den ausbleibenden besitzberechtigten Beklagten auch dann eine Verurteilung zur Herausgabe erzielen, wenn er selbst vortrüge, daß der Beklagte zum Besitz der Sache berechtigt sei. Dieses Ergebnis wird allgemein als unbillig empfunden[16]. — Bei der actio negatoria ist gemäß § 1004 Abs. 2 nach dem Wortlaut des Gesetzes der Anspruch des Eigentümers „ausgeschlossen", wenn dieser zur Duldung des Eingriffs verpflichtet ist. Hier wird also dem Eigentümer der Anspruch schlechthin versagt, während dem Besitzer im § 986 kraft seines Besitzrechts gegenüber dem Herausgabeanspruch des Eigentümers nur eine Einrede zustehen soll. Eine sachliche Rechtfertigung für diese Verschiedenheit in der Behandlung des Rechts zum Besitz gegenüber der Vindication und des Störungsrechts gegenüber der negatorischen Klage gibt es jedoch nach allgemeiner Ueberzeugung nicht. — Gemäß § 1007 Abs. 2 ist der Herausgabeanspruch des früheren Besitzers einer abhanden gekommende Sache nach dem Gesetzeswortlaut dem Eigentümer gegenüber ausgeschlossen; dies folgt aus der Wendung: „Es sei denn, daß ...." Da aber das Eigentum hier nur zur Begründung eines Rechts zum Besitz geltend gemacht werden kann, allen anderen Besitzberechtigten gemäß § 1007 Abs. 3 in Verbindung mit § 986 Abs. 1 aber nur eine Einrede zusteht,

---

14) vergl. zum folgenden Scherk, S. 302 ff.

15) von Tuhr § 17 III 1; Enneccerus § 207 III 2; Kipp I § 47, 4 a. E.; Zitelmann, S. 31.

16) Kommentar der Reichsgerichtsräte zu § 986, Anm. 1 a. E.; Wolff, Recht zum Besitz, S. 1, Anm. 1 a. E.; Rappaport, S. 34; Siber, Passivlegitimation, S. 239; Planck — Brodmann vor §§ 985 ff unter II.

so ist diese Verschiedenheit in der Behandlung des Rechts des Eigentümers gegenüber dem Rechte der anderen Besitzberechtigten unberechtigt. — Eine weitere Unstimmigkeit innerhalb des Gesetzes ergibt sich aus § 986 Abs. 1 Satz 2: Hat nämlich der Eigentümer vermietet und der Mieter u n e r l a u b t untervermietet, und klagt der Eigentümer, indem er dies verträgt, gegen den Untermieter auf Herausgabe an sich selbst, so muß er im Versäumnisverfahren abgewiesen werden; hatte der Mieter dagegen e r l a u b t e r w e i s e untervermietet, so würde nach der herrschenden Lehre der Kläger im Versäumnisverfahren durchdringen.

Die herschende Meinung gewährt aus dem Recht zum Besitz im § 986 nur eine Einrede, also nur ein Gegenrecht, welches das Recht, gegen das es sich richtet, nicht aufhebt, wohl aber durch Gegenwirkung hemmt[17]. Diese Auffassung ergibt als notwendige Folge, daß der Eigentümer einen dinglichen Herausgabeanspruch gegen jeden, auch den besitzberechtigten Besitzer hat. Das Besitzrecht des Eigentümers würde also auch dem Besitzberechtigten gegenüber unbeschränkt fortbestehen. Das führt zu einer Kollision des Besitzrechts des Eigentümers mit dem des Besitzberechtigten[18]. Die Unhaltbarkeit dieses Ergebnisses zeigt sich deutlich im praktischen Leben: Dem Hauseigentümer z. B. ist es selbstverständlich, daß er kein Recht hat, in den vermieteten Räumen zu hausen, und der Mieter ist gewiß, daß nur ihm das Recht zusteht, die gemietete Wohnung zu bewohnen; keiner von beiden würde glauben wollen, daß der Eigentümer gegen den Mieter einen stets fälligen Anspruch auf Räumung der Wohnung habe. Das Bestehen mehrerer Rechte zum Besitz ohne gegenseitige Beeinträchtigung ist aber nur dann möglich, wenn das Recht des einen auf unmittelbaren Besitz, das des anderen auf mittelbaren Besitz gerichtet ist. Es ergibt sich also[19]: Das Recht des Eigentümers zum Besitz der Sache ist für die Dauer des fremden Besitzrechtes grundsätzlich auf das Recht zum mittelbaren, durch den Besitzberechtigten vermittelten Besitz beschränkt, in anderen Fällen — die bei Scherk S. 243 ff. zu 2 a und b untersucht sind — für die Dauer des fremden Besitzrechtes grundsätzlich zu einem Recht auf den künftigen Besitz gemindert, oder — verg!. Scherk ebenda zu 2 c und § — es ist ganz und für immer aus

17) so Enneccerus Lehrb. 1 § 207.
18) Scherk, S. 310.
19) Scherk, S. 356.

dem Eigentum verloren. Diese Auffasung befriedigt das Rechtsbewußtsein und vermeidet die unverträgliche Kollisionen der Besitzrechte. Da also der Eigentümer dem Besitzberechtigten gegenüber niemals zum gegenwärtigen ausschließenden Besitz der Sache berechtigt ist, ergibt sich die Folge: Der begründete Einwand des Rechts zum Besitz gegen einen dinglichen Herausgabeanspruch verneint den erhobenen Anspruch[20].

Raape kommt in seiner Abhandlung „Gebrauchs- und Besitzüberlassung" 1922[21] zu demselben Ergebnis. Er geht von dem Wesen der Besitzüberlassung aus. Er zeigt, daß in der Besitzüberlassung ein Verzicht auf den entgegenstehenden Eigentumsanspruch liegt und sieht daher in der Uebergabe eine Verfügung, durch die sich der Eigentümer seines Rechts zum unmittelbaren Besitz begibt. Dies führt ihn ebenfalls dazu, im § 986 eine Einwendung im engeren Sinne zu sehen. Auch Rappaport kommt zu demselben Ergebnis, daß das Vorbringen des Beklagten aus § 986 den Klageanspruch verneint[22]. Er nennt dieses Rechtsmittel jedoch „rechtsverteidigende Einrede".

Scherk hat gezeigt, daß der rein schuldrechtliche Aufbau des Besitzrechts zu Unzuträglichkeiten führt. Raape hat einen positiven Weg zum Aufbau des Besitzrechts auf dinglicher Grundlage gewiesen. Die herrschende Meinung fußt allein auf den Wortlaut des Gesetzes. Zieht man nun noch in Betracht, daß der Wortlaut des heutigen § 986 im Entwurf I § 242 lautete: „Der Anspruch auf Herausgabe der Sache ist ausgeschlossen, wenn . . . ", so wird man einem folgerichtlichen Aufbau des Gesetzes den Vorzug geben müssen und im § 986 eine Einwendung im engeren Sinne sehen.

I.

Nach § 986 Abs. 1 Satz 1 hat der Besitzer gegen den Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe eine Einwendung. wenn „er dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist". Voraussetzung für die Einwendung ist sonach immer ein Recht zum Besitz auf Seiten des Besitzers.

---

20) Scherk, S. 357.
21) Raape in Jher. Jahrb., Bd. 71, S. 97 ff.
22) Rappaport, S. 202.

1.

Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht ein Recht zum Besitze ausdrücklich nur dem Nießbraucher und dem Inhaber eines dinglichen Wohnungsrechts zu (§§ 1036 Abs. 1, 1093 BGB.). Ein Recht zum Besitz ist aber zweifellos auch dort vorhanden, wo das Gesetz die Wendung gebraucht: „Der Besitz steht zu", wie z. B. im §§ 1081 Abs. 1 Satz 2 für den Besitz der Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine beim Nießbrauch an gewissen Wertpapieren. Ferner hat ein Recht zum Besitz zweifellos der Erbbauberechtigte, der Faustpfandgläubiger (§§ 1205) und der Zurückbehaltungsberechtigte (§§ 273, 1000).

a)

Das Besitzrecht kann auf dinglicher und auf schuldrechtlicher Grundlage beruhen. Daß ein dingliches Recht dem Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe zurückschlägt, beruht eben auf der Zulässigkeit dinglicher Rechte dieser Art an fremder Sache. Dies kommt schon im § 903 zum Ausdruck. Giercke[23] sieht mit Recht in jedem beschränkten Sachenrecht einen verselbständigten Teilinhalt des Eigentums. Das Besitzrecht kann aber auch auf einem dem Eigentümer gegenüber wirksamen Schuldverhältnis beruhen. Dies war zur Vermeidung aller Zweifel, die sich im gemeinen Recht über diese Frage ergeben hatten, im Entwurf I §§ 942 ausdrücklich bestimmt mit den Worten: „Der Anspruch auf Herausgabe der Sache ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer oder der Inhaber auf Grund eines Rechts an der Sache oder auf Grund einer ihm gegen den Eigentümer zustehenden Forderung berechtigt ist, die Sache zu behalten". Diese Fassung ist aber als überflüssig abgelehnt worden, weil die Zulässigkeit auf schuldrechtlicher Grundlage beruhender Einwendungen in den damaligen Gesetzgebungen allgemein anerkannt war[24].

Die Rechtsstellung eines Besitzers, dessen Besitzrecht auf einem Schuldverhältnis beruht, ist von der Stellung eines dinglich Berechtigten zwar durchaus verschieden. Der letztere kann sein Recht einem neuen Eigentümer ipso iure entgegensetzen. Das dingliche Recht kann im Falle einer Vindikationszession auch dem auf Grund einer solchen Veräußerung zum Besitz gelangten gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht erlöschen

23) Deutsches Privatrecht, Bd. 2, § 120 IV, 7; VI, 7.
24) Motive, Bd. III, S. 421.

(§§ 936 Abs. 3). Dagegen bedarf der Besitzer eines besonderen Schutzes, sofern sein Besitzrecht nur ein Schuldverhältnis zur Grundlage hat. Diesen Schutz gewährt ihm der § 986 Abs. 2, der besagt, daß er alle ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehenden Einwendungen auch dem neuen Eigentümer entgegensetzen kann. In einer Beziehung aber ist die Stellung des dinglich und die des auf Grund Schuldverhältnisses besitzberechtigten Besitzers völlig gleich, nämlich in der Beziehung zum Eigentümer. In den meisten Fällen wird zwischen Eigentümer und Besitzer ein Besitzmittelungsverhältnis der im § 868 bezeichneten Art bestehen; denn es wird sich meistens um Miete, Pacht, Verwahrung, Nießbrauch oder Pfandrecht handeln. In diesen Fällen genießt der unmittelbare Besitzer dem Eigentümer gegenüber den gleichen Schutz, mag der Besitzmittler dinglich oder obligatorisch zum Besitz berechtigt sein. Auch die Rechte des Eigentümers sind in beiden Fällen die gleichen (vergl. §§ 868 ff.). Aber auch wenn ein Besitzmittelungsverhältnis fehlt, hat der obligatorisch Besitzberechtigte dieselben Rechte wie die eben Genannten. Dieser Fall kommt nur dann vor, wenn ein Eigenbesitzrecht begründet wird ohne Uebertragung von Eigentum. Dieses Besitzrechtsverhältnis zwischen dem berechtigten Eigenbesitzer und dem Eigentümer ist nicht anders geregelt als das Besitzrechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und einem berechtigten Fremdbesitzer[25]. Auch ein Schuldverhältnis kann also die Grundlage zur Erlangung des Besitzrechts sein.

Das Recht zum Besitz kann ebenso auf einem durch Vormerkung gesicherten Anspruche, ferner auf familien- oder erbrechtlicher Grundlage beruhen, wie z. B. das Besitzrecht des Ehemannes gemäß § 1373, des Testamentsvollstreckers nach § 2203. Gleichgültig ist es auch, ob es auf Vertrag oder Gesetz beruht.

b)

Spielt die Art der Besitzerlangung eine Rolle für die Erlangung des Rechts zum Besitz? Diese Frage ist sehr umstritten.

Wolff[26] und mit ihm die herrschende Ansicht[27] lehren, daß die Art der Besitzerlangung gleichgültig sei. Auch wenn

25) Scherk, S. 346.
26) Recht zum Besitz, S. 6 ff.
27) Staudinger, § 986, Anm. I b; Windscheid-Kipp I § 197; Rappaport, S. 196ff; Brodemann, § 986, Anm. I a.

der Käufer Mieter, Entleiher usw. sich durch verbotene Eigenmacht den Besitz verschafft haben, sollen sie sich der Eigentumsklage gegenüber auf ihr Recht zum Besitz berufen können, ebenso wenn sie die Sache gefunden oder durch unbefugte Dritte übergeben erhalten haben. Es soll also auch ohne Uebergabe oder Ueberlassung ein Recht zum Besitz entstehen können, sofern nur der Käufer usw. aus dem zu Grunde liegendem Rechtsverhältnis einen Anspruch hat. Zur Begründung seiner Ansicht führt Wolff aus, daß das Ziel des dem Käufer usw. zustehenden „Rechts auf Uebergabe" nicht die Uebergabe sondern die Besitzerlangung sei. Wenn dieses Ziel erreicht sei — und das sei auch ohne Uebergabe der Fall —, so sei das Recht auf Uebergabe erloschen, es sei daraus ein Recht, den Besitz zu behalten, entstanden, und das sei ein Recht zum Besitz im Sinne des § 986. Gegen verbotene Eigenmacht des Käufers sei der Verkäufer durch die Besitzschutzmittel hinreichend geschützt, dem Eigentumsanspruche des Verkäufers gegenüber soll er jedoch die Einrede des Besitzrechts entgegenhalten können.

Dem Vermieter, Verpächter und Gastwirt steht gemäß §§ 561 Abs. 2, 581, 704 BGB. unter bestimmten Voraussetzungen das Recht zu, Sachen „auch ohne Anrufen des Gerichts in Besitz zu nehmen". Die Genannten sind danach zweifellos zur eigenmächtigen Besitzergreifung berechtigt. Der Eigentümer würde hier gemäß § 863 mit der Besitzklage unterliegen. Da die Genannten trotz eigenmächtiger Besitzergreifung Schutz gegenüber den Besitzklagen genießen, um wieviel mehr müssen sie da gegenüber der Eigentumsklage geschützt sein, wo das Recht zum Besitz grundsätzlich geschützt wird. In diesen Fällen wird das Recht zum Besitz also auch bei eigenmächtiger Besitzergreifung erworben.

Entsteht aber auch dort, wo das Gesetz eine eigenmächtige Besitzergreifung nicht gestattet, ein Besitzrecht, wenn der Berechtigte den Besitz ohne oder gegen den Willen des Eigentümers erlangt hat?

Hat der beklagte Besitzer verbotene Eigenmacht geübt, so würde er im Besitzschutzstreite unterliegen; denn er würde mit seinem Einwande aus dem Rechte zum Besitz nicht gehört werden (§ 863). Er müßte also dem dejizierten Verkäufer gemäß § 861 den Besitz wieder einräumen, also die Sache wieder herausgeben.

Wolff (S. 8) nimmt hier an, daß sich das durch die Besitzerlangung bereits entstandene Recht zum Besitz wieder in ein bloßes „Recht auf Uebergabe" zurückverwandle. Das durch verbotene Eigenmacht des Käufers erlangte Besitzrecht sei daher resolutiv bedingt.

Der § 986 sagt nichts über die Voraussetzungen für die Entstehung des Besitzrechts. Daraus kann aber auch nicht geschlossen werden, daß es für die Begründung des Besitzrechts gleichgültig sei, auf welche Weise der Besitz erlangt ist[28]. Vielmehr ist diese Frage anderweitig zu klären.

Wolff beruft sich für seine Ansicht in der Hauptsache auf den § 864 Abs. 2, der ihm in der Tat eine wichtige Stütze zu bieten scheint. Daß hier unter einem „Recht an der Sache" ausnahmsweise nicht nur dingliche sondern auch obligatorische Rechte zu verstehen sind, ist fast allgemein anerkannt[29]. Hat also ein Käufer die verkaufte Sache dem Verkäufer wider dessen Willen entzogen, und wird nachher durch rechtskräftiges Urteil festgestellt, daß dem Käufer auf Grund des Kaufvertrages ein Besitzrecht an der Sache zusteht, so dringt der Verkäufer mit der Besitzschutzklage nicht durch. Wolff folgert hieraus, daß, wenn der eigenmächtige Käufer sogar die gegen ihn gerichtete Besitzschutzklage durch sein Recht aus dem Kaufvertrage lahmlegen könne, er umsomehr der Eigentumsklage entgehen müsse.

Scherk[30] meint, daß bis zum Erlöschen der Besitzschutzansprüche der Besitzrechtsgläubiger noch kein Recht zum Besitz im Sinne des § 986 erlangt habe. Im Gegensatz zu der Ansicht Wolffs soll der Eigentümer außer dem Besitzklagen auch mit der Eigentumsklage bis zum Erlöschen der Besitzschutzansprüche durchdringen. Will der Eigentümer also von dem gegen seinen Willen in den Besitz gelangten Besitzrechtsgläubiger die Sache herausverlangen, so soll ihm neben dem Besitzklagen also auch die Klage gemäß § 985 bis zum Erlöschen der Besitzschutzansprüche zur Seite stehen. Sind die Besitzschutzansprüche aber erloschen, so soll auch gegen den Besitzer, der gegen den Willen des Eigentümers besitzt, weder eine der Besitzklagen noch die Klage aus Eigentum gemäß § 985

28) so Schlemmer, S. 33.
29) Komm. d. RGR. § 864; Rosenberg, Sachenrecht zu § 864, Abs. 2; Endemann Lehrb. d. BR. II 5 § 42, Anm. 16; Wolff Sachenrecht § 18; Giercke DPR. II § 116, Note 36; Wolff in Jher. Jahrb. Bd. 44 S. 181; Biermann Komm. § 864 Anm. 3 a.
30) S. 335.

Erfolg haben. — Auch R a a p e [31] teilt diese Ansicht, bezeichnet aber das von Wolff gefundene Ergebnis als billigenswert. Er will hier mit § 273 BGB. helfen. Seine Anwendung hat er allerdings nicht genügend erklärt. Sie erscheint auch sehr fraglich. — L a s t [32] lehnt die herrschende Ansicht ab, geht aber auf die unbilligen Folgen seines Standpunktes nicht näher ein.

Das Rechtsgefühl verlangt es daß der Besitzgläubiger, auch wenn er gegen den Willen des Eigentümers den Besitz erlangt hat, dann gegenüber der Vindikation geschützt wird, wenn die Besitzschutzansprüche gegen ihn erloschen sind. Ein Mieter z. B. soll nicht für die vielleicht jahrelange Dauer seines Vertrags unter dem Mangel der Uebergabe zu leiden haben und der ständig drohenden Vindikation des Eigentümers ausgesetzt sein. Das Recht zum Besitz muß also auch im Falle der Besitzergreifung ohne oder gegen den Willen des Eigentümers schließlich einmal entstehen.

Auf welche Art und Weise entsteht nun dieses Besitzrecht und wann?

Diese Fragen sollen zunächst einmal geprüft werden für den Fall, daß der Besitzrechtsgläubiger verbotene Eigenmacht geübt hat. — Oben ist dargelegt, daß die Begründung eines dem Eigentümer gegenüber wirksamen Rechts zum Besitz das Eigentum um das Recht zum unmittelbaren Besitz zeitweise mindert, daß also in der Uebergabe eine Verfügung zu sehen ist. Eine solche schwerwiegende Verfügung des Eigentümers kann aber im vorliegendem Falle nicht ohne weiteres angenommen werden.

Hier bietet der § 185 BGB. einen gangbaren Weg: Die Besitzschutzansprüche gewähren nur einen vorläufigen Schutz. Sie erlöschen spätestens mit dem Ablaufe eines Jahres nach Verübung der verbotenen Eigenmacht (§ 864 Abs. 1). Will also der dejizierte Eigentümer den Besitz wiedererlangen, so hat er allen Grund, sich mit der Erhebung der Besitzklage zu beeilen. Hat nun der zum Besitz berechtigte Käufer dem Verkäufer = Eigentümer gegen seinen Willen den Besitz entzogen, so hat gerade in diesem Falle der Eigentümer umsomehr Grund, sobald als möglich die Besitzklage zu erheben, wenn er dies wirklich ernstlich erstrebt; denn der Störer ist ja hier zum Besitz berechtigt. Unterläßt in diesem Falle der Eigentümer

31) S. 160, 165, Anm. 1.
32) In Grünhuts Zeitschrift 36, 433 ff.

ein unverzügliches Vorgehen gegen den Störer, so wird man in seinem Verhalten eine stillschweigende Genehmigung der unbefugten Besitzergreifung sehen können. Die Uebergabe ist dadurch gemäß § 185 Abs. 2 BGB. dem Eigentümer gegenüber wirksam geworden. Das Recht zum Besitz entsteht also im Zeitpunkte des Erlöschens der Besitzschutzansprüche. Es kann aber auch schon früher entstehen, wenn nämlich der Eigentümer die eigenmächtige Besitzergreifung schon früher ausdrücklich billigt. Dieses Ergebnis trifft ebenso zu, wenn der Besitzrechtsgläubiger die Sache gefunden oder von einem unbefugten Dritten übergeben erhalten hat.

Hat also der Besitzrechtsgläubiger den Besitz ohne oder gegen den Willen des Eigentümers erlangt, so entsteht das Recht zum Besitz im Zeitpunkte des Erlöschens der Besitzschutzansprüche infolge stillschweigender Genehmigung des Eigentümers.

Wolff gründet seine Ansicht zu Unrecht auf den § 864 Abs. 2. Gemäß § 863 hat die Berufung auf ein Recht zum Besitz gegenüber den Besitzklagen grundsätzlich keinen Erfolg. Der § 864 Abs. 2 durchbricht diesen Grundsatz für den Fall, daß das Recht zum Besitz nach Verübung der verbotenen Eigenmacht durch rechtskräftiges Urteil festgestellt wird. Diese Vorschrift hat nach den Motiven[33] nur den Zweck, den Umweg zu vermeiden, der dadurch entstehen würde, daß der „possessorischen Restitution alsbald eine dem materiellen Recht entsprechende Restitution nachfolgt". Der § 864 Abs. 2 ist also „eine gegen das Prinzip aus praktischen Gesichtspunkten eingeführte Singularität, aus welcher Konsequenzen nur gezogen werden dürfen, wenn es sich besonders rechtfertigen läßt"[34]. Es ist also nicht anzuerkennen, wenn Wolff daraus, daß der Besitzgläubiger in diesen Ausnahmefällen die Besitzklage zurückschlagen kann, Folgerungen zieht.

Hat also der dem Eigentümer gegenüber zum Besitz Berechtigte den Besitz ohne oder gegen den Willen des Eigentümers erlangt, so dringt der Eigentümer sowohl mit der Besitzentziehungsklage als auch mit der Eigentumsherausklage durch, jedoch nur bis zum Zeitpunkte des Erlöschens der Besitzschutzansprüche. Mit diesem Zeitpunkte entsteht dem Besitzrechtsgläubiger ein Recht zum Besitz und dieses Recht kann er nunmehr der Vindikation des Eigentümers entgegensetzen.

33) Motive, Bd. III, S. 131.
34) Planck zu § 864, Anm. 2 b.

2.

Das Recht zum Besitz, auf das sich der beklagte Besitzer beruft, muß dem klagenden Eigentümer gegenüber bestehen, um zur Klageabweisung zu führen. Handelt es sich um dingliche Rechte zum Besitz, so ist es selbstverständlich, daß das immer der Fall ist. Beruht das Recht zum Besitz dagegen auf einem obligatorischen Rechtsverhältnis, so wirkt es nur gegenüber dem Eigentümer, wenn er aus diesem Rechtsverhältnis verpflichtet ist. Auch gegenüber Gesamtrechtsnachfolgern des verpflichteten Eigentümers ist es wirksam, gegenüber einem Sonderrechtsnachfolger nur, wenn dieser die dem Besitzrecht entsprechende Verpflichtung übernommen hat (§§ 414, 415 BGB.) oder kraft gesetzlicher Vorschrift (§§ 571, 986 Absatz 2). Selbst wenn der Erwerber die obligatorische Verpflichtung seines Vormannes kannte, dringt er doch mit seinem Eigentumsanspruch durch. Hierher gehört auch der Fall der exceptio rei venditae et traditae: Der A hat dem B sein Grundstück verkauft und übergeben, aber noch nicht aufgelassen. Inzwischen verkauft er es an C. C wird im Grundbuch als Eigentümer eingetragen. Dieser Fall wird unter II noch näher geprüft werden. Hat sich ein Besitzer sein obligatorisches Recht durch Eintragung einer Vormerkung sichern lassen, so kann er sein Recht zum Besitz auch dem Sonderrechtsnachfolger des verpflichteten Eigentümers entgegensetzen[35]. Dies ergibt sich aus dem Zwecke der Vormerkung. Gemäß §§ 888 BGB. kann der obligatorisch Berechtigte, dessen Recht durch Vormerkung gesichert ist, von dem Erwerber die Zustimmung zu dem verwirklichenden Bucheintrag, nicht etwa die Uebergabe des Grundstücks verlangen. Hat er aber erst einmal den Besitz erlangt, so muß man ihm auch gegenüber dem neuen Eigentümer die Einwendung aus § 986 gewähren[36].

3.

Der beklagte Besitzer hat ferner die Einwendung aus § 986 nur dann, wenn ihm selbst das Besitzrecht gegen den Eigentümer zusteht. Ist er Besitznachfolger des dem Eigentümer gegenüber zum Besitzberechtigten, so steht ihm die Einwendung nicht zu, es sei denn, daß er Gesamtrechtsnachfolger des Besitzberechtigten ist. (§ 857 BGB.).

35) Wolff, S. 13; Crome § 418, Anm. 2.
36) Wolff, S. 13.

II.

Der Besitzer kann den Herausgabeanspruch des Eigentümers aber auch dann entkräften, wenn „der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitze ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist".

Der Beklagte hat also die Einwendung des Rechts zum Besitze auch dann, wenn er weder ein dingliches Recht an der herausverlangten Sache hat — das ja gegen jedermann also auch gegen den Eigentümer wirken würde — noch wenn sein obligatorischer Anspruch auf den Besitz unmittelbar gegen den Eigentümer gerichtet ist. Es genügt, wenn sein mittelbarer Besitzer dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist. Dem beklagten Besitzer steht aber gemäß § 986 Abs. 1 Satz 2 die Einwendung nur dann zu, wenn der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitze ableitet, dem Eigentümer gegenüber zur Ueberlassung des Besitzes an ihn befugt war.

1.

Die Voraussetzung dieser Einwendung sind nach dem Wortlaut des Gesetzes folgende:[37]

a) Der Dritte, auf dessen Besitzrecht sich der besitzende Beklagte gegenüber dem Herausgabeanspruch beruft, — er sei im folgenden im Anschluß an Wolff kurz „der Zwischenmann" genannt — muß dem Kläger gegenüber zum Besitz berechtigt sein,
b) der Zwischenmann muß mittelbarer Besitzer sein,
c) der Beklagte muß ein Recht zum Bestiz haben,
d) dieses muß er vom Zwischenmanne ableiten, der dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist,
e) der mittelbare Besitzer muß zur Weiterüberlassung des Besitzes befugt sein.

Fehlt eine dieser fünf Voraussetzungen, so ist nach dem Wortlaut des Gesetzes die Einwendung aus dem Recht zum Besitz nicht gegeben. Der Beklagte Besitzer muß die Sache herausgeben, sei es an den Kläger, sei es an den Zwischenmann.

W o l f f meint, es sei engherzig, bei diesem Gesetzeswortlaute halt zu machen, statt das weitergreifende Prinzip aufzusuchen, das ihn zu Grunde liegt, und das der Gesetzgeber in vorsichtigem Tasten nur für e i n e n naheliegenden Anwendungsfall ausgesprochen hat".[38] Der Grundgedanke dieser

37) Wolff, Seite 17.
38) Wolff, S. 17.

Norm soll der sein, „daß nicht nur ein unmittelbares Besitzrecht des Beklagten gegen den Kläger jenem ein Besitzbehaltungsrecht verschaffen soll, sondern daß ein solches Recht auch zu gewinnen sei durch Summierung eines Besitzrechtes des Zwischenmannes gegen den Kläger mit einem Besitzrechte oder einer Besitzpflicht des Beklagten gegen den Zwischenmann". Wolff meint, daß die Voraussetzungen zu b, c und d zu eng seien, während an denen zu a und e festzuhalten seien.

a)

Die Voraussetzung (c), daß der Beklagte ein Recht zum Besitz von dem Zwischenmanne ableitet, muß auch dann als gegeben angesehen werden, wenn der Beklagte seinem Oberbesitzer gegenüber zum Besitz im Sinne des § 868 BGB. verpflichtet ist, wie z. B. der Verwahrer des Zwischenmannes. Dies ist allgemein anerkannt[39]. Das Gesetz weist hier lediglich auf die Fälle nach § 868 hin, in welchem der zum Besitz Verpflichtete dem zum Besitz Berechtigten gleichgestellt ist. — Es muß ferner auch ausreichen, daß der Zwischenmann nur entfernt mittelbarer Besitzer vom Beklagten ist (§§ 871[40]) —.

Es trifft auch nicht zu, daß der Beklagte sein Recht zum Besitz von demjenigen Zwischenmanne „ableiten" müsse, der dem Kläger gegenüber besitzberechtigt ist. Es genügt hier auch, daß der Beklagte den Besitz von einem Vormanne des jetzt Besitzberechtigten ableitet[41]. Dies geht aus dem von Wolff angeführten Beispiel deutlich hervor: A verkauft und übergibt ohne Auflassung sein Grundstück dem B. B vermietet und übergibt es dem C. (B bleibt also mittelbarer Besitzer.) Hierauf cediert B seine Rechte aus dem Kaufe und seinen mittelbaren Besitz an D. Hier „leitet" C seinen Besitz von B „ab"; aber nicht B sondern D ist jetzt dem Eigentümer A gegenüber besitzberechtigt. Trotzdem muß man dem C eine Einwendung gegen den Herausgabeanspruch des A geben. — Das Gesetz fordert daher in Wirklichkeit nur, daß der Beklagte Besitzmittler desjenigen Dritten sein müsse, der dem Kläger gegenüber zum Besitz berechtigt ist[42].

39) Wolff, S. 18; Planck zu § 986, Anm. 1 b; Windscheid-Kipp § 197; Rappaport, S. 204, Anm. 2.
40) so Endemann § 93, Anm. 6.
41) Wolff, S. 18.
42) Wolff, S. 18; Rappaport, S. 205; Crome § 385, Anm. 6.

b)

Wolff geht noch weiter und behauptet, der Zwischenmann brauche nicht mittelbarer Besitzer zu sein[43]. Es soll sich also auch der Beklagte, der nicht Besitzmittler ist, auf sein Besitzrecht gegenüber demOberbesitzer berufen können. Diese Ansicht steht im Widerspruch zu dem Wortlaut des Gesetzes Sie ist daher sehr umstritten. Die Ansicht Wolffs vertreten insbesondere der Komm. d. R. G. R. § 986 Anm. 2 mit eingehender Begründung, ferner Scherk S. 323, 352, Raape S. 172 ff., 183, Rappaport, Endemann, das Reichsgericht in seinen Entscheidungen Bd. 105, S. 19 ff., R.G. in L.Z. 1924, Sp. 818; 1927 Sp. 243; R.G. in Warneyer 1928, 245, ferner Rechtsprechung der O.L.G. Bd. 26 S. 68 ff. Anderer Ansicht sind im Anschluß an den Wortlaut des Gesetzes insbesondere Planck-Brodmann § 986 Anm. 1 b, Staudinger § 986 Anm. 2 a und Stammler, Einrede §§ 13,25. Scherk hat die Ansicht Wolffs näher begründet (S. 345 ff.).

Der Fall, daß jemand auf Grund eines Schuldverhältnisses ein Recht zum Besitz erlangt, ohne Besitzmittler zu werden, ist nur dann möglich, wenn Eigenbesitzrecht begründet wird ohne Uebertragung von Eigentum. Ist ein Schuldverhältnis auf die Begründung eines Eigenbesitzes gerichtet, z. B. der Kauf, so wird bei beweglichen Sachen regelmäßig das Eigenbesitzrecht durch Eigentumsverschaffung an der Sache begründet. Ist aber ein Grundstück Gegenstand des Kaufes, so wird durch die Uebergabe Eigenbesitzrecht begründet, ohne daß der Käufer damit notwendig zugleich Eigentümer des Grundstücks zu werden braucht. Durch die Uebergabe hat aber der Käufer ein Besitzrecht erlangt, ohne Besitzmittler des Verkäufers geworden zu sein; denn ein Besitzmittelungsverhältnis nach § 868 kommt hier nicht in Betracht, da dem Käufer eine ähnliche Stellung wie die des Verwahrers oder Verwalters dem Verkäufer gegenüber mangels besonderer Vorbehalte oder Vereinbarungen bei dem Verkaufe oder der Uebergabe nicht angewiesen ist[44]. Für das Besitzrechtsverhältnis zwischen dem berechtigten Eigenbesitzer und dem Eigentümer sind aber vom Gesetz keine anderen Regeln aufgestellt wie für dasjenige zwischen einem berechtigten Fremdbesitzer (Mieter) und Eigentümer. Es würde sich andernfalls die sonderbare Folge er-

43) Wolff Sachenrecht § 84 IV 1 b u. Recht zum Besitz, S. 18.
44) RG. Bd. 105, S. 19 ff.

geben, daß, wenn der Zwischenmann die Sache an den Beklagten nur vermietet oder verpachtet hätte, der Kläger abzuweisen wäre, aber durchdringt, wenn der Zwischenmann dem Beklagten ein weitergehendes Recht, nämlich den Besitz auf Grund des Kaufvertrages, einräumt. Der Kläger hätte im letzteren Falle sogar noch mehr Rechte, als wenn der Zwischenmann den Besitz dem Beklagten u n b e f u g t überlassen hätte; denn dann hätte der Kläger gemäß § 986 Abs. 1 Satz 2 zunächst nur Rückgabe an den Zwischenmann fordern können; in dem Falle aber, wo der Zwischenmann zur Weiterübertragung seines Rechts durchaus befugt ist, könnte der Kläger die Herausgabe an sich selbst verlangen[45].

Reichsgericht und Kommentar der RGR[46] weisen noch auf einen anderen Gesichtspunkt zur Rechtfertigung der auch hier vertretenen Ansicht hin: Könnte nämlich der Käufer-Besitzer in unserem Falle von dem Eigentümer jederzeit aus dem Besitz gesetzt werden, so hätte er einen Regreßanspruch gegen den Zwischenmann. Dieser müßte auf Grund seines Rechts zum Besitz die Sache erst wieder von dem Eigentümer herausverlangen, um sie wieder dem ihm gegenüber zum Besitz berechtigten Beklagten zu übergeben, von dem sie aber der Eigentümer wieder herausverlangen könnte. Es würde also ein endloser Kreislauf entstehen. Diesen zu vermeiden, sei der Zweck des § 986.

Es ist also nicht nur der Fall1 im Satz 1 Abs. 1 des § 986 auf den Eigenbesitzer anzuwenden, sondern auch der Fall 2. Es würde also nicht nur dem Mieter-Besitzer, sondern auch dem Käufer-Besitzer eines Grundstücks die Einwendung aus § 986 zustehen, wenn er das Grundstück vom Käufer des Eigentümers gemietet bezw. gekauft hätte. Der Zwischenmann braucht also nicht mittelbarer Besitzer zu sein.

c)

Damit die Einwendung schlüssig sei, ist weiter erforderlich, daß der Zwischenmann zur Besitzüberlassung an den Beklagten befugt war (§ 986 Abs. 1 Satz 2). Hatte der Zwischenmann diese Befugnis nicht — wie z. B. in den §§ 603, 691, 1215 —, so muß der Beklagte die Sache herausgeben. Der Eigenbesitzer kann aber grundsätzlich nur Herausgabe an den Zwischen-

45) OLG. Bd. 26, S. 68 ff.
46) RG. Bd. 105, S. 19 ff; Komm. d. RGR., Anm. 2 zu § 986.

mann verlangen, es sei denn, daß dieser den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will.

Das Gesetz bestimmt dies mit den Worten: „Ist der mittelbare Besitzer dem Eigentümer gegenüber zur Ueberlassung des Besitzes an den Beklagten nicht befugt, so kann der Eigentümer von dem Besitzer die Herausgabe der Sache an den mittelbaren Besitzer oder, wenn dieser den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will, an sich selbst verlangen." Auch diese Bestimmung ist der ausdehnenden Auslegung fähig.

Das Recht des Zwischenmannes muß auch dann vom Eigentümer berücksichtigt werden, wenn kein „Ueberlassen" an den Besitzer stattgefunden hat, sondern dieser den Besitz, zu dem er gegenüber dem Zwischenmanne berechtigt war, auf andere Weise, auch durch Gewalt, erlangt hat. Hat also z. B. der Mieter die Sache vertragswidrig weiter vermietet, so kann der Eigentümer nur Herausgabe an den Mieter verlangen, auch wenn der Untermieter gewaltsam oder durch einen unbefugten Dritten in den Besitz der Sache gelangt ist.[47] Für die Besitzschutzansprüche ist dies bezgl. der verbotenen Eigenmacht im § 869 Satz 2 besonders ausgesprochen. Die Rechtslage ist aber hier genau die gleiche. Auch ist aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht mit Bestimmtheit zu entnehmen, ob das Gesetz eine „Ueberlassung" des Besitzes voraussetzt. Es redet nur von der Befugnis zur Ueberlassung, läßt aber offen, ob der Besitz wirklich überlassen sein muß oder nicht[48].

Ferner ist es auch hier zu eng, wenn das Gesetz verlangt, daß der Zwischenmann mittelbarer Besitzer der Sache sei. Der Gesetzgeber hat offenbar den Schutz des Dritten im Auge, der doch nach wie vor dem Kläger gegenüber zum Besitz berechtigt ist, wenn er auch durch die Ueberlassung des Besitzes an den Beklagten rechtswidrig handelte. Warum sollte der Pfandgläubiger, der die Pfandsache unbefugt vermietet, größeren Schutz genießen, als wer sie unerlaubt veräußert? Dasselbe muß gelten, wenn dem Zwischenmanne die Sache gestohlen worden oder verloren gegangen ist oder er sie in Geisteskrankheit weggegeben hat. Dasselbe Resultat ergibt bei den Besitzklagen der § 869 Satz 2[49].

---

47) Wolff, S. 21; Zielinski, S. 29.
48) Zielinski, S. 29.
49) Wolff, S. 22, Komm. d. RGR. zu § 986, Anm. 3,

Es ist aber erforderlich, daß der Zwischenmann unmittelbarer Sachbesitzer war, bevor der Beklagte Besitzer wurde. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes: „Wenn dieser den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will". Ist also der Zwischenmann nie unmittelbarer Besitzer der Sache gewesen, so kann der Eigentümer Herausgabe der Sache an sich selbst verlangen. Der Kläger soll, wenn der Zwischenmann zur Ueberlassung des Besitzes nicht befugt war, Herstellung des Besitzstandes verlangen können, der bestand, bevor der Beklagte den Besitz erlangte[50]. Hatte also der Mieter, bevor er den Besitz der gemieteten Sache erlangte, diese unbefugt weiter vermietet und der Untermieter den Besitz der Sache unter Auslassung des Mieters erworben, so kann der Eigentümer der Sache vom Untermieter Herausgabe an sich selbst verlangen. Dies trifft auch dann zu, wenn der Zwischenmann dinglich zum Besitz berechtigt war[51]. Auch dann braucht der Eigentümer das dingliche Besitzrecht des Zwischenmannes nicht zu beachten.

Aus der gesetzlichen Regelung in § 986 Abs. 1 Satz 2 läßt sich also der Grundsatz entnehmen: Der Eigentümer kann, solange ein Dritter zum Besitz der Sache berechtigt ist, grundsätzlich nur Herausgabe der Sache an den Besitzberechtigten verlangen; nur wenn der Dritte den Besitz nicht wieder übernehmen will oder kann, darf der Eigentümer Herausgabe an sich selbst fordern[52].

Wolff[53] hat dieses Ergebnis in die Formel gebracht: „Ist ein früherer Besitzer dem Eigentümer gegenüber zum Besitz, aber nicht zur Ueberlassung des Besitzes an den jetzigen Besitzer berechtigt, so kann der Eigentümer von dem jetzigen Besitzer nur die Herausgabe der Sache an jenem verlangen; will oder kann jener den Besitz nicht wieder übernehmen, so kann er Herausgabe an sich selbst verlangen."

III.

Der Besitzer einer beweglichen Sache wird vom Gesetz auch gegenüber dem Sondernachfolger des Eigentümers geschützt. Dies bestimmt das Gesetz in Absatz 2 des § 986 mit den Worten: „Der Besitzer einer Sache, die nach § 931 BGB.

50) Sarfert, S. 60.
51) Wolff, S. 22.
52) Scherk, S. 330 ff; Zielinski, S. 30.
53) S. 23.

durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe veräußert worden ist, kann dem neuen Eigentümer die Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen." Durch diese Bestimmung erhält der Besitzer einen besonderen Schutz gegen die leichte Form der Eigentumsübertragung nach § 931 an beweglichen Sachen.

1.

Gegenüber dem mit der Vindikation vorgehenden neuen Eigentümer kommt für den Besitzer insbesondere die Einwendung in Betracht, daß er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitze ableitet, dem Rechtsvorgänger des klagenden Eigentümers gegenüber zum Besitz berechtigt sei. War der mittelbare Besitzer jedoch dem früheren Eigentümer gegenüber zur Ueberlasung des Besitzes an den beklagten Besitzer nicht befugt, so wird der neue Eigentümer nach Maßgabe des § 986 Abs. 1 Satz 2 allerdings mit seiner Vindikation durchdringen[54]. Praktische Bedeutung hat die Vorschrift des § 986 Abs. 2 nur für den Fall, daß das Recht zum Besitz ein persönliches Rechtsverhältnis zur Grundlage hat; beruht es auf einem dinglichen Rechtsverhältnisse, so wird der Besitzer durch den Eigentumswechsel nicht betroffen (§§ 936 Abs. 3, 986 Abs. 1 Satz 1).

Der Besitzer kann dem Erwerber eine Einwendung nicht nur dann entgegensetzen, wenn sie zur Zeit der Abtretung begründet war (§ 404), sondern auch dann, wenn sie erst durch ein später zwischen ihm und dem Veräußerer vorgenommenes Rechtsgeschäft z. B. eine Verlängerung des Mietsvertrages begründet wird, es sei denn, daß der Besitzer die Abtretung bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts kannte (§ 407 Abs. 1); denn die Vorschriften über die Abtretung einer Forderung finden hier entsprechende Anwendung[55].

Die Vorschrift findet einmal Anwendung dann, wenn der Eigentümer — er mag mittelbarer Besitzer sein oder nicht — die Sache nach § 931 veräußert hat, ferner aber auch dann, wenn ein Nichteigentümer, der mittelbarer Besitzer ist, die Sache an einen gutgläubigen Erwerber veräußert hat (§ 934)[56].

54) Staudinger-Kober zu § 986, Anm. 4 a; Zielinski, S. 32.
55) Planck zu § 986, Anm. 2 c; Endemann § 93, Anm. 10; Sarfert, S. 70; Maenner § 27, Anm. 28.
56) so auch Planck-Brodmann § 986, Anm. 2 b; Zielinski, S. 32; RG. 20. 6. 1911; VII. 600/10.

2.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes hat der Beklagte die Einwendung aus dem Besitzrechte gegenüber dem Erwerber nur für den Fall, daß die Sache nach § 931 auf den neuen Erwerber übergegangen ist. Die Vorschrift bezweckt ganz offensichtlich den Schutz des Besitzers. Gegen den abgetretenen Anspruch aus dem Schuldverhältnis wäre der Besitzer nach § 404 geschützt, er ist es aber nicht gegen die rei vindicatio; denn sie erwächst, ob abgetreten oder nicht, dem neuen Eigentümer aus eigenem Rechte. Bei beweglichen Sachen ist der Besitzer dadurch geschützt, daß „nach dem vom Gesetz festgehaltenen Traditionsprinzip, soweit dieses reicht, der Eigentumswechsel solange nicht verwirklicht werden kann, als er im Besitz der Sache ist[57]." Der Besitzer bedarf daher eines Schutzes nur, soweit das Traditionsprinzip verlassen ist.

Man muß Zielinski[58] zustimmen, die sagt: Der Zweck des § 986 sei der, „den Besitzer der Sache, die, ohne ihn zu befragen veräußert wird, in derselben Lage zu belassen. Sollte es noch andere Fälle geben, in denen ebenfalls über den Kopf des unmittelbaren Besitzers hinweg über die Sache verfügt wird, so würde, falls man den Wortlaut des Gesetzes streng beachtete, der für Verneinung anderer Fälle spricht, eine ungerechtfertigte Benachteiligung des Besitzers gegeben sein, an dessen Sache der neue Eigentümer auf andere Art als nach § 931 Eigentum erlangt hätte." Das Prinzip des § 986 Abs. 2 muß also auch für andere Eigentumserwerbsarten als nach § 931 angewandt werden. Dies ist bereits verschiedentlich zugestanden worden[59]

a)

Um praktische Fälle dieser Art zu finden, muß man davon ausgehen, daß unter „Besitz" im Sinne der §§ 929 Satz 2 und 930 auch der mittelbare Besitz zu verstehen ist (§ 868). Bei der Uebergabe kurzer Hand nach § 929 Satz 2 ist also der Erwerber auch dann „im Besitze der Sache", wenn er zur Zeit der Einigung mittelbarer Besitzer ist.

Kohler[60] hat hierfür folgenden praktischen Fall konstruiert: Jemand mietet ein Pferd für sich auf ½ Jahr und läßt es sodann sich, als dem Stellvertreter eines Freundes, durch

57) Planck-Brodmann zu § 986, Anm. 2 a.
58) S. 33.
59) Komm. d. RGR. zu § 986, Anm. 4; Biermann zu § 986 II u. a.
60) „Vertrag und Uebergabe" in „12 Studien zum BGB. I, S. 349 ff.

Uebergabe kurzer Hand übereignen. Es fragt sich hier, ob § 986 Absatz 2 auch hier analog angewendet werden kann, d. h. also, ob der unmittelbare Besitzer des Pferdes dem neuen Eigentümer, seinem Freunde, wenn er Herausgabe des Pferdes verlangt, ebenfalls die Einwendung des Rechts zum Besitze aus dem Mietsvertrage entgegensetzen kann, die ihm ja gegen den früheren Eigentümer des Pferdes zustand. Kohler und Wolff[61] bejahen diese Frage. Anderer Ansicht sind Planck-Brodmann zu § 986 Anm. 2 a, Staudinger-Kober zu § 986 Anm. 3 b.

Abgesehen davon, ob in dem Erwerbe für den Auftraggeber ein Verzicht des unmittelbaren Besitzers auf das Besitzrecht aus dem Mietsverhältnis gefunden werden kann (§ 667), so könnte die den mittelbaren Besitz des Erwerbers begründende Vereinbarung zwischen diesem und dem unmittelbaren Besitzer entweder dahin gehen, daß der Erwerber vom Zeitpunkte des Eigentumserwerbs in das Mietsverhältnis zwischen unmittelbarem Besitzer und Veräußerer eintreten sollte, oder die Vereinbarung könnte ein von diesem Rechtsverhältnis unabhängiges Rechtsverhältnis zwischen dem Erwerber und dem unmittelbaren Besitzer begründen. Im ersten Falle stände dem unmittelbaren Besitzer zwar die Einwendung des Rechts zum Besitze zu, aber nur auf Grund des Eintritts des Erwerbers in das Mietsverhältnis — nicht kraft Gesetzes nach § 986 Abs. 2, — im zweiten Falle handelt es sich nicht mehr um eine Einrede, die dem Besitzer gegen den „abgetretenen Anspruch" zustand, denn sie ist ja zwischen Erwerber und Besitzer neu begründet worden.[62]

Dieser Fall Kohlers enthält zwar alle Voraussetzungen, wie sie zur vorliegenden Untersuchung notwendig sind, ist aber zur Untersuchung der hier aufgeworfenen Rechtsfrage deshalb nicht geeignet, weil die Veräußerung nicht über den Kopf des (unmittelbaren) Sachbesitzers hinweg geschieht. Der Grundgedanke des § 986 Absatz 2 besteht aber darin, den (unmittelbaren) Sachbesitzer dann zu schützen, wenn beim Eigentumserwerb das Traditionsprinzip verlassen wird. Erst dann tritt das Schutzbedürfnis des Sachbesitzers hervor.

Es würde vielleicht folgender Fall hierher passen: Der Eigentümer, der entfernt mittelbarer Besitzer ist, veräußert die Sache an einen näherstehenden mittelbaren Besitzer. Zu dieser Veräußerung bedarf es nicht der Abtretung des Her-

61) S. 11.
62) so auch Sarfert, S. 73.

ausgabeanspruches, sie kann also nach § 929 Satz 2 vor sich gehen; auch § 930 trifft nicht zu. Auch dieser Fall ermöglicht jedoch keine Nachprüfung der hier aufgeworfenen Rechtsfrage. Hier wird zwar über den Kopf des mittelbaren Besitzers hinweg die Sache veräußert. Dem Erwerber erwächst auch die rei vindicatio aus eigenem Recht. Daß hier der unmittelbare Besitzer dem Erwerber die Einwendung aus seinem Besitzrecht entgegenhalten kann, ist aber nicht eine Folge des § 986 Absatz 2, sondern davon, daß der Erwerber aus dem zwischen ihm und dem unmittelbaren Besitzer bestehenden Rechtsverhältnis auch weiterhin zur Belassung des Besitzes verpflichtet bleibt.

Zur Lösung der aufgeworfenen Frage liegt also, da sich praktische Anwendungsfälle nicht konstruieren lassen, kein Bedürfnis vor; denn eine analoge Anwendung kann eben nur in Anlehnung an einen praktischen Fall erfolgen.

b)

Es fragt sich weiter, ob dem Beklagten die Einwendung aus dem Besitzrechte gegenüber dem Erwerber auch dann zusteht, wenn die Veräußerung gemäß § 930 stattgefunden hat. Hier ist ebenfalls davon auszugehen, daß der Veräußerer nur mittelbarer Sachbesitzer ist. Daß auch der mittelbare Besitzer durch constitutum possessorium Eigentum übertragen kann, ist zu bejahen.[63] Dies folgt auch aus § 868. Hier muß nach der herrschenden Lehre[64] der § 986 Absatz 2 analoge Anwendung finden. Dies soll an dem bei Zielinski[65] erörterten praktischen Fall erprobt werden:

A hat dem B seine Schafherde verpachtet und will sie an C veräußern. Diesem ist zunächst nur am Eigentum, nicht am unmittelbaren Besitz, gelegen. Dies ließe sich nach § 931 leicht bewerkstelligen. Dann würde aber C nach Ablauf des Pachtvertrages des B den unmittelbaren Besitz erlangen und A gar keine Beziehung mehr zu der Sache haben. A möchte aber nach Ablauf des Pachtvertrages mit B die Schafherde gern selbst weiter nutzen oder sie an X verpachten, der ihm einen hohen Pachtzins geboten hat. Er wird seine Absicht am besten erreichen, wenn er mit dem Erwerber C ein Nießbrauchs- oder

63) s. Protokolle III, S. 204, IV. S. 585.
64) Biermann zu § 930; Endemann §80; Planck zu § 930; Staudinger zu § 930, Anm. 1 b; Scherk S. 102; RG. 56, 52.
65) Seite 38.

Pachtverhältnis vereinbaren würde. Er wird dem C also nach § 930 Eigentum verschaffen.

Auch hier muß dem B für die Dauer seines Pachtvertrages die Einwendung des Rechts zum Besitze auch gegenüber dem Erwerber C gewährt werden. Zweck und Grundgedanke des § 986 Absatz 2 fordern, daß diese Lücke im Gesetz, die nur durch ein Uebersehen der Redaktionskommission entstanden ist, ausgefüllt wird;[66] denn sonst könnte der Eigentümer leicht den mit § 986 Absatz 2 verfolgten Schutzzweck vereiteln.

Es zeigt sich also, daß auch der Wortlaut des § 986 Abs. 2 zu eng ist. Der Besitzer kann die Einwendung aus dem Rechte zum Besitz dem Sonderrechtsnachfolger des Eigentümers nicht nur dann entgegenhalten, wenn die Veräußerung nach § 931, sondern auch dann, wenn die Veräußerung nach § 930 stattgefunden hat.

C.

Es ist sehr bestritten, wie im Konkurse des Eigentümers die Einwendung des beklagten Besitzers aus seinem Recht zum Besitz gegen die Klage des Konkursverwalters auf Herausgabe der Sache — beweglichen und unbeweglichen — wirkt. Die Motive,[67] die Rechtsprechung und die herrschende Lehre[68] versagen einer solchen Einwendung des Beklagten aus seinem Recht zum Besitz jegliche Wirksamkeit. Anderer Meinung sind insbesondere Dernburg,[69] Endemann, Crome, Rappaport, Eck-Leonhard, Müller.[70]

Beruht die Einwendung auf einem dinglichen Rechte an der Sache, so ist sie auch der Konkursmasse gegenüber wirksam, denn in der Konkursmasse liegt nur das um das dingliche Recht geminderte Eigentum an der Sache.[71] Die Fälle, daß das Besitzrecht auf einem Miets- oder Pachtverhältnis beruht, sind von der Konkursordnung in den §§ 19 bis 21 besonders geregelt. Es bleibt noch das auf Kauf oder Tausch gegründete Besitzrecht. Bei beweglichen Sachen wird der Käufer mit der Uebergabe meist gleichzeitig Eigentum erlangen. Ein auf Kaufvertrag gegründetes Besitzrecht wird daher meistens nur praktisch werden beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt. Die größte Bedeutung hat die Frage bei unbeweglichen Sachen, nämlich

66) OLG. Kiel in Seuff. Arch., Bd. 66, S. 367; Langen in DJZ. 1912, S. 680 ff.
67) Motive III, S. 424.
68) Biermann, Cosack, Kober, Fuchs, Lehmann, Turnau-Foerster.
69) Sachenrecht § 92, S. 283, 284.
70) Müller in LZ. 1908, Sp. 684 ff.
71) Planck zu § 986, Am. 1 a.

in dem Falle, daß der Eigentümer sein Grundstück ohne Auflassung und Eintragung übergeben hat und darauf in Konkurs geht.

Hat hier der Käufer-Besitzer den Kaufpreis noch nicht bezahlt, so greift § 17 KO. Platz. Wählt der Konkursverwalter Erfüllung des Vertrages, so steht dem Käufer die Einwendung aus § 986 nach wie vor zu; denn durch das Erfüllungsverlangen wird die Verpflichtung des Verkäufers zur Masseschuld (§ 59 Ziffer 2 KO.). Lehnt der Konkursverwalter die Erfüllung ab, so ist der Käufer auf einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung angewiesen (§ 26), den er als Konkursgläubiger geltend machen kann; in diesem Falle steht dem Käufer die Einwendung nach § 986 BGB. nicht mehr zu, weil er ja einen Anspruch auf „Erfüllung" des Kaufvertrages nicht mehr hat. Er ist also von nun ab dem Eigentümer gegenüber nichts mehr „zum Besitz berechtigt".[72]

Wie liegt aber der Fall, wenn der Käufer-Besitzer vor Ausbruch des Konkurses den Kaufpreis voll bezahlt, seinerseits den Vertrag also bereits vollständig erfüllt hatte?

Hier kommt der § 17 KO. nicht zur Anwendung. Es wird hier die Ansicht vertreten, daß dem Käufer-Besitzer die Einwendung aus § 986 zustehe. So wird behauptet, daß der Konkursverwalter die Stelle des Gemeinschuldners vertrete, der die Sache verkauft habe, und daß der Konkursverwalter nicht mehr Rechte geltend machen könne als dem Gemeinschuldner zugestanden hätten.[73] Hiergegen ist zu sagen, daß durch die Konkurseröffnung und die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters eine ganz neue Rechtslage geschaffen wird, für die in erster Linie die Bestimmungen des Konkursrechts gelten, vor allem der § 26 KO. Der Käufer kann nun Vertragserfüllung nicht mehr verlangen. Insofern unterscheidet sich die Stellung des Besitzberechtigten gegenüber dem Eigentümer vor Konkurseröffnung und gegenüber dem Konkursverwalter nach Erfüllungsablehnung.[74]

Die Ansicht Müllers,[75] daß gemäß § 17 KO. Rechtsgeschäfte insoweit bestehen bleiben, als sie vor Konkurseröffnung bereits erfüllt worden sind und als Erfüllung auch die auf Grund eines Kaufvertrages erfolgte Uebergabe angesehen

72) Jaeger § 17, Anm. 14.
73) Dernburg, BR., Bd. 3 § 92, Nr. 3.
74) so RG. Bd. 90, S. 218 ff.
75) in LZ. 1908, Sp. 684.

werden müßte, trifft nicht zu. In der Vorschrift des § 26 KO. KO. ist der allgemeine Gedanke enthalten, daß Leistungen, die schon in das Eigentum des Empfängers übergegangen waren, nicht mehr zurückgefordert werden dürfen. Hieraus folgt aber durch Umkehrschluß, daß Leistungen, die vor Konkurseröffnung noch nicht in das Eigentum des anderen Teils übergegangen waren, zurückgefordert werden können. Der Konkursverwalter kann also das verkaufte und übergebene, aber noch nicht aufgelassene Grundstück vom Besitzer herausverlangen, ohne daß ihm dieser die Einwendung des Rechts zum Besitze entgegensetzen könnte. Die Uebergabe kann auch nicht als teilweise Erfüllung der Eigentumsverschaffungspflicht aufgefaßt werden.

Es ist auch die Meinung vertreten,[76] daß in dem vorliegenden Falle dem Besitzer sogar ein Aussonderungsrecht gemäß § 43 KO. zustehe, da der Aussonderungsgegenstand dem Gemeinschuldner nicht mehr gehöre und das Recht zum Besitz nach § 986 als Recht im Sinne des § 43 KO. zu bezeichnen sei. Hiergegen muß mit dem Reichsgericht[77] und der herrschenden Lehre gesagt werden, daß dem Eigentumsrechte nicht zuteil würde, was ihm grundsätzlich zukomme, andererseits der Besitz bezw. das Recht zum Besitz einen Wert erhalte, der ihm nicht gebührt. Der Besitzer hat auch nur einen Anspruch auf Eigentumsverschaffung, der ihn nicht zur Aussonderung berechtigt, da er nicht unmittelbar auf „Herausgabe" geht.[78]

Müller a.a.O. will dem Besitzer den Einwand aus § 986 auch aus Billigkeitsgründen gewähren. — Der Käufer hätte sich aber sein Einwendungsrecht dadurch sichern können, daß er sich eine Auflassungsvormerkung eintragen ließ (§ 24 KO.). Wenn er diese Vorsicht außer Acht ließ, so verdient er nicht mehr Schutz, als derjenige, der den Kaufpreis noch nicht bezahlt hat.[79] Der Käufer kann sich also auf Billigkeitsgründe nicht berufen.

Hatte also auch der besitzende Käufer vor Konkurseröffnung den Vertrag seinerseits vollständig erfüllt, so steht ihm gegenüber der Klage des Konkursverwalters auf Herausgabe der Sache die Einwendung des Rechts zum Besitze nicht zu. So außer den Erwähnten auch Düringer-Hachenburg HGB.

76) so von Müller in LZ. 1908, Sp. 684; Württ. Jahrb., Bd. 15, S. 175 ff.
77) RG. Bd. 90, S. 219 ff.
78) Jaeger zu § 43.
79) Jaeger im LZ. 1908, Sp. 688.

Bd. 3 S. 322 ff.; Staub-Koenige HGB. S. 78; von Tuhr, Allgemeiner Teil Bd. I S. 303; Biermann zu § 986 Anm. 1 a; Planck zu § 986 Anm. 1 a; Oberneck, Reichsgrundbuchrecht 4. Aufl. Bd. 1 S. 599.

Ebenso muß man dem Käufer einer beweglichen Sache, der ohne Uebergabe in ihren Besitz gelangt ist, die Einwendung aus dem Recht zum Besitz gegenüber der Klage des Konkursverwalters auf Herausgabe der Sache versagen, auch wenn er den Kaufpreis schon vollständig bezahlt hatte.[80] Er hätte eben nicht vor einer ordnungsmäßigen Uebergabe durch den Eigentümer zahlen und seine Deckung aus der Hand geben dürfen.

---

80) Zielinski, S. 44.

Lebenslauf.

Ich bin am 19. Juli 1903 als Sohn des Fleischermeisters und Wurstfabrikanten Paul Weidel in Leobschütz OS. geboren und katholischer Religion. Mein Vater ist im vorigen Jahre verstorben. Ich besuchte zunächst die Volksschule und darauf das staatliche Gymnasium in Leobschütz. Im Jahre 1923 bestand ich das Abiturium. Dann studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten in München und Breslau. Im Jahre 1928 bestand ich am Oberlandesgerichte in Breslau die Referendarprüfung und wurde am 22. September 1928 zum Referendar ernannt. Seitdem bin ich in Ratibor im Vorbereitungsdienste tätig. Das Rigorosum habe ich Anfang 1929 abgelegt.

Hans Weidel, Referendar.